



---

# La aplicación judicial del Derecho extranjero tras la LCJIMC

---

Derecho Internacional Privado, Grado de Derecho



Autor

Bitia López Cano

Director

Dr. Rafael Arenas García

**Universitat Autònoma de Barcelona**

**Facultat de Dret**

6 de mayo de 2016

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
I. CARGA DE LA PRUEBA	
a. Necesidad de probar el Derecho extranjero	4
b. Regla general de la carga probatoria	5
c. Intervención del tribunal	6
II. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PRUEBA	
a. Prueba imposible	10
b. Falta de invocación o prueba por las partes	11
c. Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil	17
III. OBJETO DE LA PRUEBA	19
IV. MEDIOS DE PRUEBA	
a. Medios de prueba de las partes	24
b. Medios de prueba de los tribunales	28
V. RÉGIMEN DE LOS RECURSOS	
a. Recurso extraordinario por infracción procesal	33
b. Recurso de casación	33
c. Recurso de amparo	35
VI. CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	41

## **ABREVIATURAS**

Art[s].: artículo[s]

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

Id.: identificador

Infra.: más adelante en

LCJIMC: Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

Ob. cit.: obra citada

Pág[s].: página[s]

S[S]AP: Sentencia[s] de la Audiencia Provincial

S[S]TC: Sentencia[s] del Tribunal Constitucional

S[S]TS: Sentencia[s] del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Vid.: véase

## INTRODUCCIÓN

La Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil que entró en vigor el pasado 20 de agosto del 2015, viene a cumplir, con cierto retraso, el mandato de la Disposición final vigésima de la LEC 2000, de aprobar una ley en esta materia (cooperación jurídica internacional), en un plazo inicialmente fijado de seis meses.

Tan sólo se dedican unos preceptos a la aplicación del Derecho extranjero, pero *a priori* parece dar respuesta a una cuestión muy debatida por la doctrina: qué sucede cuando las partes no prueban tal Derecho.

Con esta idea inicial, realizaremos un análisis del régimen aplicable antes de la redacción de esta Ley, en relación a diferentes extremos de la aplicación del Derecho extranjero, y lo compararemos con la regulación que introduce la nueva LCJIMC.

El objetivo es analizar, en primer lugar, si realmente se da una solución al problema de la falta de prueba y, en segundo lugar, si la mencionada Ley introduce otras novedades relevantes en la materia.

## **I. CARGA DE LA PRUEBA**

La nueva Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante LCJIMC), no representa ningún cambio sustancial en cuanto al régimen que se venía aplicando en lo que respecta a la carga de la prueba del Derecho extranjero. El artículo 33.1 indica:

*«La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.»*

Así, mediante este precepto se hace una remisión general en materia de prueba a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y, a diferencia de lo que sucede con otras cuestiones relativas a la misma, no se hace otra referencia *a posteriori* acerca de la carga probatoria. Por tanto, tendremos que analizar el régimen aplicable antes de la aprobación de la LCJIMC.

### **a. Necesidad de prueba del Derecho extranjero**

#### **a.1 Regla general**

El artículo 281.2 LEC<sup>1</sup> exige la prueba del Derecho extranjero porque el tribunal no tiene la obligación de conocer la Ley extranjera, sino que tan sólo está obligado a conocer las normas jurídicas españolas escritas (en otras palabras, en los supuestos de aplicación de Derecho extranjero no opera el principio de *iura novit curia*). Así, como regla general, cada vez que tenga que aplicarse un Derecho extranjero, éste deberá ser probado en el concreto proceso en que se invoque.

Es cierto que, ante los tribunales españoles, el Derecho interno no debe ser probado, y los hechos procesales sí, pero el Juez español tiene que analizar, interpretar y aplicar las normas del Derecho extranjero de la misma forma que lo haría con la

---

<sup>1</sup> «el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación»

normativa española, por lo que pese a tener un trato procesal similar al de los hechos, sigue teniendo naturaleza jurídica (STS 17 abril 2015<sup>2</sup>).

## **a.2 Excepciones**

No será necesaria la prueba del Derecho extranjero por las partes cuando el tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo *de oficio* (STS 10 junio 2005<sup>3</sup>).

En segundo lugar, no será necesario probar el Derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

### **b. Regla general de la carga probatoria**

Como regla general, la prueba del Derecho extranjero se realiza a instancia de parte. Es decir, la parte que deba fundamentar su pretensión en un derecho extranjero porque así lo indique la norma de conflicto, será quien deba probar tal derecho.

Encontramos esta idea en el artículo 282 LEC, que empieza diciendo que «*Las pruebas se practicarán a instancia de parte*». Este precepto hace referencia a la prueba en general, sin especificación alguna, por lo que resulta también aplicable a la prueba del Derecho extranjero.

Además, el artículo 281.2 LEC establece que «*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*». En este precepto se diferencia entre la “prueba del contenido y vigencia” del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la “aplicación” del

---

<sup>2</sup> «la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho» (Id vLex: VLEX- 570375626)

<sup>3</sup> «en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (...) lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al final, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información» (Id vLex: VLEX- 18040586)

mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes.

Dado que debe alegar y probar el Derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si ésta ostenta la posición de demandante o de demandado (SAP Asturias 10 febrero 2012<sup>4</sup>; STS Sala 1ª 27 diciembre 2006<sup>5</sup>).

### **c. Intervención del tribunal**

#### **c.1 Ideas generales**

El ya mencionado artículo 281.2 LEC, precisa que *«el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación»*. Además, el artículo 282 LEC establece que *«el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley»*.

De estos preceptos se deriva la posibilidad del tribunal de intervenir en la aplicación del Derecho extranjero, pero, como ya hemos dicho, la carga probatoria corresponde a las partes. En este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas. Mientras unos mantienen que el tribunal tan sólo puede intervenir para “complementar” una prueba previamente realizada por los particulares<sup>6</sup>, otros sostienen que el tribunal podría aplicar de oficio el Derecho

---

<sup>4</sup> «lo cierto es que quien invoque el derecho extranjero debe probar su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que en el presente caso la actora solo ha invocado en defensa de sus intereses el Derecho español, la aseguradora demandada sostuvo en su contestación que la legislación aplicable era la marroquí, pero lejos de invocar siquiera las concretas normas de la legislación marroquí que pudieran resultar aplicables (...) se limitaba a invocar el principio “iura novit curia” (...) (el tribunal) termina por aplicar la legislación española» (Id vLex: VLEX-362809702)

<sup>5</sup> (Existe) «una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende. Es lo que decía la Sentencia 31 de diciembre de 1994, con expresa referencia de que la prueba corresponde “a quien invoca el Derecho extranjero”» (Id vLex: VLEX-26673136)

<sup>6</sup> A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT.

extranjero<sup>7</sup>. Dada la complejidad del asunto, más adelante lo analizaremos con más detalle<sup>8</sup>.

Por último, cabe mencionar que la intervención del tribunal en la práctica de la prueba no puede ser arbitraria (art. 9.3 CE) y que debe realizarse con la finalidad de elevar la tutela judicial efectiva de las partes, siempre y cuando ello no genere un coste desproporcionado para el tribunal, pues debemos recordar que, en principio, la carga de la prueba la deben soportar las partes (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>9</sup>).

## **c.2 Casos que implican intereses públicos o generales**

En los supuestos en que la aplicación de un determinado Derecho extranjero deba aplicarse con la finalidad de salvaguardar un interés público o general, el legislador obliga a aplicarlo realizándose la prueba del mismo *de oficio*, ya sea por parte del tribunal o por parte del Ministerio Fiscal.

En estos supuestos ya no es la parte quien asume el coste de la actividad probatoria (regla general), sino que asumirá ese coste el tribunal o el Estado, en defensa de intereses generales, en tanto afectan a la sociedad en general, o en defensa de «intereses sensibles» especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, el artículo 749 LEC indica que será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en ciertos procesos especiales como los de divorcio que afectan a menores, los de custodia de menores, etc. Pues bien, en tales casos, el Ministerio Fiscal debe defender «intereses sensibles» y si para defender tales intereses debe aplicarse el Derecho extranjero, el Ministerio Fiscal deberá probarlo (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>10</sup>).

---

<sup>7</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO.

<sup>8</sup> *Vid. infra. Apartado II.b: falta de invocación o prueba por las partes.*

<sup>9</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, 14ª edición, junio 2013, pág. 470

<sup>10</sup> Este ejemplo se menciona en la obra (ya citada) de A.L. CALVO Y J. CARRASCOSA, en la pág. 472, donde se cita a M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ. Dado que no se menciona de qué obra se extrae, no ha sido posible localizarla.



### c.3 Imposibilidad probatoria de las partes

El tribunal está obligado a intervenir en la práctica de la prueba cuando la misma ha resultado imposible para las partes, a pesar de haber actuado de buena fe y de haber realizado todas las actuaciones posibles para ello. En estos supuestos, el tribunal deberá probar *de oficio* el Derecho extranjero<sup>11</sup>.

Esta regla opera con la finalidad de potenciar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) pues, en aquellos casos en que la norma de conflicto remite a la aplicación de un Derecho extranjero, y las partes han intentado, pero no conseguido, probar tal Derecho, resolver en base al derecho del foro, o incluso llegar a desestimar la pretensión por esta falta de prueba, comportaría una vulneración del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva (STC de 17 enero 2000<sup>12</sup>).

La intervención del tribunal puede ser “complementaria”, en el sentido de intervenir tan sólo para ayudar a las partes a probar la Ley extranjera en aquellos extremos que les haya resultado imposible, o puede ser “total”, realizando toda la prueba del Derecho extranjero cuando haya resultado enteramente imposible para las partes probar la vigencia y contenido del mismo en su totalidad.

Para realizar esta intervención obligatoria, el tribunal deberá comprobar la concurrencia de dos circunstancias: en primer lugar, que la parte no se halle en óptima disposición para probar el Derecho extranjero y, en segundo lugar, que dicha prueba le haya resultado imposible *de facto*, pese a haber hecho todo lo posible al efecto.

Cabe mencionar que uno de los supuestos más comunes es aquél en que dicha imposibilidad se deriva de la falta de capacidad económica de la parte que ostenta la carga probatoria. Se debe tener en cuenta que el beneficio de justicia gratuita no

---

<sup>11</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 471.

<sup>12</sup> Una mujer de nacionalidad armenia insta un pleito de separación matrimonial contra su marido, de la misma nacionalidad. La mujer intentó la prueba del Derecho extranjero: obtuvo el material jurídico armenio y estaba a la espera de una traducción del mismo al castellano, pero la Audiencia de Vizcaya dictó sentencia y desestimó la demanda. La STC 17 enero 2000 declara que la actuación de la Audiencia lesionó la tutela judicial efectiva pues debía completar la prueba del Derecho extranjero (Id vLex: VLEX-145353)

cubre el coste de profesionales que acrediten el contenido del Derecho extranjero, ni la traducción oficial de documentos a tal efecto. Es por esto que, de no resultar obligatoria la prueba *de oficio* en estos supuestos, nos encontraríamos ante un derecho discriminatorio por razón de los recursos económicos de que disponga la parte interesada (SAP Barcelona 14 octubre 2010<sup>13</sup>).

Algunos autores entienden que, debido a esta obligación de intervención del tribunal, no se puede hablar técnicamente de «carga de la prueba», sino que más bien se constituye como un «deber de diligencia probatoria o una carga de la prueba subjetiva». Así, lo que se impone a la parte no es un deber de probar, sino un «*deber de agotar los medios de prueba razonablemente disponibles y necesarios*» (M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>14</sup>), estableciendo un sistema de cooperación entre el juez y las partes.

---

<sup>13</sup> «En efecto, no cabe ignorar que la carencia de medios económicos y la necesidad de actuar con celeridad para clarificar su situación personal y patrimonial pudo suponer a la actora un obstáculo para realizar una investigación exhaustiva, y en ese sentido es imprescindible que el órgano preste su asistencia para el conocimiento del Derecho marroquí» (Id vLex: VLEX- 228914134)

<sup>14</sup> MIGUEL VIRGÓS SORIANO / FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación Internacional)*, ed. Civitas, ed. 2ª, Madrid, 2007, pág. 526.

## II. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PRUEBA

### a. Prueba imposible

Se puede dar el caso de que la prueba del Derecho sea imposible, tanto para las partes como para el tribunal. Esto sucede, por ejemplo, cuando se trata con el Derecho de un Estado de nueva creación o un Estado que se encuentra en una situación de inestabilidad social o política grave.

Estos supuestos no son comunes por la naturaleza extraordinaria de sus circunstancias, por lo que no encontramos mucha jurisprudencia al respecto, y más bien se ha desarrollado en el ámbito doctrinal.

Para saber qué Derecho aplicar deberá tenerse en cuenta si la norma de conflicto española que remitió a ese Derecho extranjero disponía de más puntos de conexión, pues, de ser así, debería aplicarse al Derecho designado por el siguiente punto de conexión<sup>15</sup> (SAP Madrid 28 septiembre 2000<sup>16</sup>).

En caso de que la norma de conflicto tan sólo dispusiera del punto de conexión que nos remitió al Derecho extranjero que ha resultado imposible de probar, se ha entendido que deberá aplicarse el Derecho material español (*lex fori*).

En todo caso, si se hubiera podido probar al menos una parte del Derecho extranjero aplicable, en los extremos que haya sido probado deberá ser aplicado (SAP Tenerife 9 diciembre 2009<sup>17</sup>).

Una doctrina minoritaria ha defendido otras soluciones, como desestimar la demanda o aplicar el Derecho que más se aproxime al Derecho extranjero que ha resultado imposible de probar, pero no resultan adecuadas y carecen de seguridad jurídica.

---

<sup>15</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT (director) / B. CAMPUZANO DÍAZ / M<sup>a</sup>. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ / A. YBARRA BORES, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, ed. Tecnos, 2015, pág. 165.

<sup>16</sup> En esta Sentencia, se descarta la aplicación del Derecho iraní no por ser imposible, sino por ser contrario al orden público internacional español, pero se acude al siguiente punto de conexión de la norma de conflicto. Citada en A.L. CALVO Y J. CARRASCOSA, *ob. cit.*, pág. 482.

<sup>17</sup> «La legislación española en la materia viene a coincidir con lo que se señala en el referido informe sobre la norma aplicable en Inglaterra y Gales (...), siendo aquélla aplicable en lo que el derecho extranjero no haya resultado acreditado» (Id. vLex: VLEX-210463159)

## **b. Falta de invocación o prueba por las partes**

Frente al supuesto de imposibilidad probatoria, nos encontramos con casos menos excepcionales en que resulta aplicable un Derecho extranjero y las partes no lo alegan, o lo hacen, pero sin realizar la prueba del mismo.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han estado tradicionalmente divididas respecto a la solución que se debe dar a este problema, defendiendo tres posturas diferentes: la desestimación de la demanda, la aplicación de oficio del Derecho extranjero y la aplicación sustitutiva del Derecho español.

### **b.1 Desestimación de la demanda**

Algunos autores sostienen que, si las partes no alegan ni prueban el Derecho extranjero, el tribunal debe desestimar su pretensión. Esta tesis, sostenida por A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, entiende que no se puede aplicar de oficio el derecho extranjero, porque la carga probatoria es de las partes y los tribunales tan sólo pueden complementar la prueba ya realizada, y que tampoco se puede aplicar el Derecho español pues se estaría vulnerando la imperatividad de la norma de conflicto.

También se defiende esta solución para evitar que las partes, por conveniencia, hagan aplicable el derecho español, cuando la norma de conflicto obliga a aplicar un derecho extranjero (SAP Barcelona 22 marzo 2010<sup>18</sup>). A. L. CALVO Y J. CARRASCOSA dicen, en este sentido, que *«las normas de conflicto no pueden ser “puenteadas” por las partes mediante la simple y burda estratagema de no probar, por mera desidia, el Derecho extranjero reclamado por tal norma de conflicto<sup>19</sup>»*.

También A. RODRÍGUEZ BENOT se posiciona a favor de esta tesis: *«...la desestimación fundamentada de la demanda, que pudiera ser la solución más*

---

<sup>18</sup> «en las relaciones interpersonales (...) insiste en la activa colaboración del órgano jurisdiccional en la acreditación del derecho extranjero cuando sea de ineludible aplicación al caso, lo que parece presuponer que no cabe la aplicación de normativa distinta por vía subsidiaria» (Id. vLex: VLEX-218433399)

<sup>19</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 478.

*coherente, pues evitaría maniobras fraudulentas en aras a intentar aplicar el Derecho español cuando ello no procede<sup>20</sup>».*

El mayor inconveniente que presenta esta solución ante la falta de alegación y/o prueba del Derecho extranjero es que, en base a las normas de preclusión del artículo 400 LEC<sup>21</sup>, el particular vería desestimada su pretensión sin posibilidad de plantear nuevamente la demanda alegando correctamente el Derecho extranjero. Claramente esto sería contrario al ya mencionado artículo 24 CE.

Se había llegado a defender por la jurisprudencia esta solución a la falta de prueba, especialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 25 mayo 2001<sup>22</sup>).

Finalmente, llegó al Tribunal Constitucional, y este ha entendido que efectivamente vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 2 julio 2001 y 11 febrero 2002<sup>23</sup>), y menciona la inconveniencia de la desestimación de la demanda por la inconstitucionalidad de privar al particular de su derecho a defender sus pretensiones<sup>24</sup>, y ha estado respaldado por el Tribunal Supremo (por ejemplo, por la STS 4 noviembre 2004<sup>25</sup>)

---

<sup>20</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT (director) / B. CAMPUZANO DÍAZ / M<sup>a</sup>. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ / A. YBARRA BORES, *ob. cit.*, pág. 164.

<sup>21</sup> Artículo 400.1 LEC: «Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior»

<sup>22</sup> «...porque la parte demandante ha fundado su pretensión en el Derecho español y, al no resultar aplicable éste, aquélla ha de ser desestimada, pues carece de fundamento. Esta conclusión no puede obviarse por una aplicación indirecta del Derecho nacional como consecuencia del fracaso en la prueba del Derecho extranjero. En primer lugar, porque, como ya se ha dicho, la parte no ha tratado en ningún momento de probar el Derecho extranjero, sino de excluir la aplicación de éste a favor de su tesis favorable a la del Derecho nacional y esta posición lleva a la desestimación de la pretensión deducida» (Id. vLex: VLEX-15204138)

<sup>23</sup> Mientras la primera de las Sentencias mencionadas admite el recurso de amparo por falta de motivación de la desestimación, en la segunda se estima inconstitucional la desestimación, señalando especialmente la falta de oportunidad que conlleva para el demandante.

<sup>24</sup> En mi opinión, y en el mismo sentido que expresan J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, desestimar la demanda no es dar una solución al problema, pues no se resuelve el fondo del asunto, sino que supone una «sanción a la conducta procesal de las partes desproporcionada y arbitraria», de ahí que sea considerada inconstitucional.

<sup>25</sup> «no se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social no lleve a cabo un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en caso de que -como aquí ocurre- la norma de conflicto la señala como aplicable, pues en tal caso

## **b.2 Aplicación de oficio del Derecho extranjero**

Esta tesis sostiene que el tribunal debe aplicar de oficio el Derecho extranjero que no ha sido probado, pues de otra forma se estaría vulnerando la imperatividad de la norma de conflicto española.

En cuanto a los costes de la práctica de la prueba que se vería obligado a realizar el tribunal, se impondrían al demandante pasivo en la condena en costas, como consecuencia de su falta de iniciativa y colaboración.

Esta solución ha sido defendida por J.C. FERNÁNDEZ Y S. SÁNCHEZ, así como por parte de la jurisprudencia (SAP Las Palmas 9 julio 2009<sup>26</sup> o STS 10 junio 2005<sup>27</sup>, que dispone que no es necesario que las partes aleguen un Derecho para que el tribunal lo aplique, pues no puede desconocerse lo que dicen las normas de conflicto españolas).

Ante esta tesis, encontramos numerosos argumentos en contra. Algunos autores sostienen que la intervención del tribunal «es siempre “complementaria” a la actividad de prueba (...) para completar, precisar o perfilar dicha prueba y/o su alcance» y que «una mera invocación genérica, por una parte, de las normas extranjeras supuestamente aplicables, es claramente insuficiente, de modo que ello no permite la intervención complementaria del tribunal» (A.-L. CALVO CARAVACA

---

*ha de aplicarse subsidiariamente la lex fori, la legislación laboral española»* (Id. vLex: VLEX-17767968).

<sup>26</sup> *«el juzgador que ya ex art. 12. del C. Civil tenía el deber de aplicar de oficio el derecho extranjero llamado por la norma de conflicto, tiene, asimismo, el deber de investigarlo sin que pueda por tanto hablarse de una hipotética carga procesal de alegar y/o probar el derecho extranjero por la parte interesada»* (Id. vLex: VLEX-77121264)

<sup>27</sup> *«el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto»* (Id. vLex: VLEX-18040586)

/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>28</sup>), argumento respaldado por la SAP Castellón 16 enero 2009<sup>29</sup> y la SAP Asturias de 10 febrero 2012<sup>30</sup>.

Así, lo que se considera vulnerado por la aplicación de oficio del Derecho extranjero es el “reparto de la carga de la prueba” que hace el legislador en la LEC, pero debemos recordar que la regulación de la carga de la prueba del artículo 281 es escueta, claramente en contraposición con la complejidad que supone la aplicación de un Derecho extranjero, y que, además, ha necesitado ser desarrollada por la jurisprudencia. Una jurisprudencia que ha estado tradicionalmente dividida en lo que respecta al alcance de dicha carga probatoria.

Además, cabría analizar la evolución legislativa que ha llevado a la redacción del artículo 281 LEC. El anterior artículo aplicable, el art. 12.6 CC decía que *«la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas»*.

El tenor del actual precepto aplicable de la LEC dice que *«el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación»*. Así, si analizamos el redactado de ambos preceptos, podemos comprobar que, si bien la regulación del Código Civil hacía expresa referencia a que debía probar el derecho extranjero la persona que lo invoque, en la regulación actual nada se dice al respecto.

---

<sup>28</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 469.

<sup>29</sup> *«El tenor literal de este último inciso (art. 281.2 in fine) permite concluir que la actividad del tribunal posee un valor complementador de la actividad de las partes, sobre las que recae un principio de prueba y el peso fundamental de ésta.»* (Id vLex: VLEX-63213894)

<sup>30</sup> La Sentencia 56/2012 de la A.P. Asturias, de 10 de febrero (Id vLex: VLEX-362809702), trata un supuesto de accidente de circulación en que la parte actora fundamentó la demanda en el Derecho español y la parte demandada alegó que debía aplicarse la legislación marroquí, pero ni siquiera invocó las normas concretas que resultaban aplicables de dicha legislación, para que el juez pudiera realizar las actuaciones pertinentes. A causa de esta falta de prueba, y de la genérica alegación de la legislación aplicable, el tribunal terminó por aplicar la ley española.

Podría entenderse entonces que, si el legislador ha dejado de incluirlo en la redacción del precepto, es porque ha dejado de imponer esta carga de la prueba, con lo cual no se estaría vulnerando el mencionado precepto al aplicar de oficio el Derecho extranjero.

Otros argumentos en contra de esta solución son el “innecesario gasto económico, de recursos y de tiempo” que tendría que asumir el tribunal en pro de “intereses particulares” o la vulneración del artículo 218.1 párrafo 2º LEC<sup>31</sup>, que establece el principio de congruencia de las Sentencias.

En cuanto a la primera cuestión, parece superada por la idea de imponer el coste a la parte que debió probar el Derecho extranjero y no lo hizo. El segundo argumento es más correcto, en tanto efectivamente puede contradecir el principio de congruencia de las sentencias el hecho de fallar con arreglo a un derecho que no ha sido invocado o probado por las partes.

### **b.3 Aplicación sustitutiva del Derecho español**

La mayor parte de la jurisprudencia se decanta por resolver la falta de alegación o prueba del Derecho extranjero aplicando la *lex fori* (en nuestro caso, el Derecho material español).

Esta solución se basa, principalmente, en dos argumentos. En primer lugar, que la ley del foro tiene competencia residual para estos supuestos, es decir, que opera como una «regla general» que actuará en defecto de la «regla especial» que sería la aplicación del Derecho extranjero<sup>32</sup>. En segundo lugar, quienes defienden la aplicación de la *lex fori*, sostienen que es la única solución plausible, pues con la desestimación de la demanda se deniega la justicia al particular, y con la aplicación de oficio del derecho extranjero se vulnera la regla general de la carga de la prueba.

---

<sup>31</sup> «El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

<sup>32</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 474.



Esta tesis ha sido la más defendida por los tribunales, desde el siglo XIX ha sido sostenida por la Sala Primera del TS (por ejemplo, en las SSTs 16 diciembre 1960<sup>33</sup> y 30 abril 2008<sup>34</sup>), y en la actualidad también es la preferida por las demás salas, aunque la que se ha mostrado más reticente a ella ha sido la Sala de lo Social.

Ha llegado también al Tribunal Constitucional, que considera que es la solución que más respeta los preceptos constitucionales (STC 2 julio 2001<sup>35</sup> y 11 febrero 2002<sup>36</sup>), y es la más seguida por los tribunales inferiores (SAP Barcelona 30 junio 2006<sup>37</sup> y SAP Guipúzcoa 28 septiembre 2004<sup>38</sup>, entre otras<sup>39</sup>)

---

<sup>33</sup> «cuando no se alega ni se acoge nadie (en el) momento procesal oportuno a lo que dispone el artículo 10, párrafo segundo el Código Civil, los Tribunales no puedan declinar la aplicación de nuestras Leyes" renunciando a su imperio y de oficio el minar el Código Civil y aplicar su derecho extranjero que no tienen por qué conocer y que, al no alegarlo los interesados, ha de entenderse que prescinden o renuncian a su aplicación» (Id. Cendoj: 28079110011960100333).

<sup>34</sup> «...la sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados preceptos al aplicar correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio» (Id. vLex: VLEX-38999864).

<sup>35</sup> «...todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige» (Id. vLex: VLEX- 107231)

<sup>36</sup> «En efecto, ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir, de la legislación laboral española (...) Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión» (Id. vLex: VLEX- 142267). Cabe mencionar que el Magistrado don Vicente Martín de Hijas, en el voto particular que formula respecto de esta Sentencia, se posiciona a favor de la tesis de la desestimación de la demanda.

<sup>37</sup> «En consecuencia, y no habiéndose efectuado prueba en tal sentido, aun en el caso de que fuera admisible la aplicación del derecho extranjero, que no lo es, tampoco podría aplicarse por desconocerse su contenido, debiendo acudir a la legislación española, como así efectúa el juzgador de instancia» (Id. vLex: VLEX- 203274779)

<sup>38</sup> «cuando el Derecho extranjero no ha sido probado o lo ha sido insuficientemente, procede resolver conforme a la legislación española» (Id. vLex: VLEX-18941059)

<sup>39</sup> Tales como la SAP Madrid 1 junio 2006, SAP Alicante 2 marzo 2004, STSJ Com. Valencia 16 mayo 2005 o SAP Castellón 6 marzo 2007.

También está sostenida por parte de la doctrina<sup>40</sup>, como por ejemplo M. V. CUARTERO RUBIO, que considera que *«si se observa desde una “perspectiva procesal” es la propuesta que mejor cumple lo que se espera de una solución de reemplazo: cierra la crisis procesal y permite continuar el proceso sirviendo a la tutela judicial efectiva y al derecho al proceso debido por encima de otras consideraciones<sup>41</sup>»*.

El inconveniente de esta tesis es, principalmente, la vulneración del carácter imperativo de la norma de conflicto española que remite al Derecho extranjero que no ha sido probado. El tribunal está obligado por la norma de conflicto a aplicar el Derecho extranjero y, si aplica el derecho español, podría considerarse que la sentencia está viciada de «nulidad».

Además, se ha criticado la falta de seguridad jurídica que infunde al particular, que en un primer momento no puede realmente saber qué derecho le será aplicado (A.- L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>42</sup>). No parece el argumento más acertado contra la aplicación sustitutiva de la *lex fori*, pues debemos tener en cuenta que nos estamos refiriendo tan sólo a los supuestos en que las partes no han alegado el Derecho extranjero, o lo han alegado, pero no lo han probado.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el Derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto (STS 19 febrero 1990<sup>43</sup>). Y no lo es porque no ha sido redactado para ser aplicado en casos internacionales, por lo que no puede considerarse como una «regla general» que actúa en déficit de la regla específica que sería el Derecho extranjero.

---

<sup>40</sup> Otros autores que defienden esta tesis son M.J. GARCIMARTÍN o M. VIRGÓS SORIANO, que entienden que la norma de conflicto designa la Ley aplicable pero que son las partes las que deben decidir si quieren aplicar el Derecho al que remite la norma de conflicto.

<sup>41</sup> M. V. CUARTERO RUBIO, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, enero-diciembre 2000, págs. 59-60.

<sup>42</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 469.

<sup>43</sup> La «falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa» (Id. vLex: VLEX- 209126727)

### **c. Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil**

La nueva Ley 29/2015 (LCJIMC), dice en su artículo 33.3 que «*con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español*». Hasta el momento no había regulación al respecto, y son varios los aspectos de este precepto que deberán analizarse.

En primer lugar, con este precepto se abre la puerta a la aplicación sustitutiva de la *lex fori*, en favor la idea que ya venía tradicionalmente consolidándose en nuestra jurisprudencia, en base a la cual, de no haberse probado el Derecho extranjero, se debe proceder a la aplicación del Derecho español.

En segundo lugar, cabe destacar que el precepto menciona la excepcionalidad de estos supuestos, y además hace expresa referencia a que las partes no hayan podido probar el derecho extranjero: «*con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero...*». Si bien la redacción del artículo no es demasiado precisa, al menos, sea en los casos de imposibilidad probatoria, sea en los casos de simple falta de alegación o prueba del Derecho extranjero, puede servir para cerrar definitivamente la puerta a la tesis de la desestimación de la demanda, que ha demostrado ser la menos respetuosa a los derechos de los particulares.

### III. OBJETO DE LA PRUEBA

En primer lugar, es importante aclarar que el concepto «derecho extranjero» debe entenderse en un sentido amplio. Como sostienen P. HEREDIA Y A. ORTEGA<sup>44</sup>, no sólo hace referencia a la legislación vigente en un determinado territorio, sino que incluye, de una forma más general, la forma en que la sociedad y los tribunales del lugar solucionan sus conflictos, y no siempre se hace a través de los textos legales positivos. Esto debe tenerse especialmente en cuenta en los países en los que rige el *common law* (STS 24 junio 2010<sup>45</sup>)

Otro aspecto a determinar es qué elementos del Derecho extranjero en cuestión deben ser probados, es decir, cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba.

La LEC, nuevamente, no establece una regulación detallada, pues el artículo 281.2 tan sólo dice que «*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia*». Además, igual que sucede con la carga de la prueba, la nueva LCJIMC no aporta novedades en cuanto al objeto de la misma, pues utiliza los mismos conceptos que la LEC.

Artículo 33 (apartados 1 y 2) LCJIMC:

*«1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.*

*2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.»*

---

<sup>44</sup> PEDRO HEREDIA ORTIZ / ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ. Revista *Economist & Jurist*, vol. 21, núm. 168, 2013, págs. 80-85.

<sup>45</sup> «No cabe confundir la prueba de "legislación" vigente en un determinado territorio, con la prueba "del derecho" aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el "common law"» (Id vLex: VLEX-218336863)

Debido a la falta de desarrollo legal del precepto establecido en la LEC, y ahora en la nueva LCJIMC, deberemos analizar el régimen que se venía aplicando como consecuencia de la interpretación que han realizado los tribunales de esta redacción.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del Derecho extranjero<sup>46</sup>. La primera de ellas, es la denominada “*tesis de la prueba mínima*”, en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que sólo debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

No han sido muchos los tribunales que han adoptado una posición favorable a esta tesis (STSJ Comunidad Madrid 29 octubre 2003<sup>47</sup>)

En segundo lugar, encontramos la “*tesis de la prueba exhaustiva*”, que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiendo que no sólo debe probarse el “contenido y vigencia” del Derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en diversas ocasiones. Por ejemplo, la STS 27 diciembre 2006 dice que también debe probarse la aplicación del Derecho extranjero al supuesto concreto en que ha sido invocado<sup>48</sup>.

Especialmente importante ha sido la STS 17 julio 2001, que establece que «*como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo (...) siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación*<sup>49</sup> de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles».

---

<sup>46</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 464-465.

<sup>47</sup> Sentencia no encontrada en las bases de datos disponibles. Citada en el manual de *Derecho Internacional Privado* de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 464.

<sup>48</sup> «...quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso» (Id vLex: VLEX-26673136).

<sup>49</sup> El redactado de la presente Sentencia ha sido transcrito en numerosas resoluciones posteriores, tales como la ya citada STS 17 abril 2015 (*vid. cita 11*).

Esta resolución hace referencia a la necesidad de probar la interpretación que se realiza en su país del derecho invocado, a fin de que el tribunal español no tenga ninguna duda acerca de su aplicación. Esto se deriva de la obligación que tienen los jueces españoles de aplicar la ley extranjera de la forma más similar posible a cómo lo habría hecho un tribunal de dicho país.

También sostienen esta tesis las SSTS 4 julio 2006, 25 enero 1999<sup>50</sup>, 7 septiembre 1990 y 12 enero 1989, entre muchas otras<sup>51</sup>.

Tribunales inferiores también se han pronunciado en esta materia, a favor de la tesis de la prueba exhaustiva. Por ejemplo, establece la SAP Madrid 1 abril 2014 que *«el contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, con la necesaria exégesis de los preceptos de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda, en especial si existe Doctrina Judicial vinculante»*. En sentido similar encontramos la SAP Barcelona 26 febrero 2010<sup>52</sup> o la SAP Barcelona 24 marzo 2009<sup>53</sup>, entre otras<sup>54</sup>.

Por lo tanto, en base a la jurisprudencia examinada vemos que los tribunales, mayoritariamente, coinciden en la idea de que el derecho debe quedar

---

<sup>50</sup> «quién invoca el derecho extranjero ha de acreditar en juicio: a) la existencia de la legislación de que se trate; b) la vigencia de la misma; y c) su aplicación al supuesto del debate; y de otra, (...) la utilización del derecho extranjero supone una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación» (Id vLex: VLEX- 17745909)

<sup>51</sup> SSTS 15 noviembre 1996, 29 octubre 1992, 16 julio 1991, 11 mayo 1989, 12 diciembre 1935, 12 julio 1904, 13 enero 1887.

<sup>52</sup> «...quién pretenda valerse del derecho extranjero ha de acreditar en juicio, no solo la existencia de la legislación de que se trate, sino también la línea jurisprudencial mantenida en la materia» (Id vLex: VLEX- 201133035)

<sup>53</sup> «En efecto, no basta la invocación del derecho extranjero para que sea aplicado en España, pues, atendiendo a lo dispuesto en el art. 281. 2 LEC (que viene a sustituir al derogado párrafo 2º del apartado 6º del art.12 CC ), para la aplicación del Derecho extranjero resulta exigible no sólo la alegación sino también la correspondiente prueba por quien lo invoca, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación» (Id vLex: VLEX- 208138575)

<sup>54</sup> SAP Madrid 10 noviembre 2011, SAP Baleares 7 mayo 2010, SAP Toledo 1 septiembre 2006, SAP Tarragona 13 mayo 2004, SAP Castellón 22 noviembre 2002.

exhaustivamente probado para que el tribunal español pueda aplicarlo correctamente.

Por lo que respecta a la doctrina, A.-L. CALVO Y J. CARRASCOSA<sup>55</sup> sostienen que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:

- a) El contenido literal del Derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal Derecho, no basta con una «mera cita aislada de disposiciones extranjeras» (SAP Baleares 27 abril 2006<sup>56</sup>).
- b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un «reenvío» en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión (SAP Madrid 22 diciembre 2008<sup>57</sup>). Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales.
- c) La vigencia y existencia del Derecho extranjero.
- d) La interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero<sup>58</sup>.
- e) La aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 465-466.

<sup>56</sup> En esta Sentencia, una de las partes alega la aplicación del Derecho alemán. En primer lugar, la Audiencia dispone que tal legislación no es aplicable. En segundo lugar, dice que, aún en caso de que resultara aplicable, la parte debería «procurar al juzgador una certificación expedida por la autoridad diplomática alemana acreditativa de la normativa vigente en dicho Estado que resulte de aplicación al caso, debidamente acreditada», y en cambio se ha limitado a «exponer sucintamente cuáles son los criterios indemnizatorios existentes en Derecho Alemán, pero sin citar ni probar la legislación alemana aplicable». Por estos motivos no podría admitirse la prueba del Derecho extranjero en este supuesto (Id. vLex: VLEX-57889023)

<sup>57</sup> Sentencia en la que resulta aplicable la legislación mexicana, y que dispone: «La Ley aplicable es (...) la Ley Mexicana (...) sin que exista reenvío a la Ley Española en cuanto el artículo 13 del vigente Código Civil Federal de México de 1928 no contempla expresamente el supuesto que nos ocupa» (Id. vLex: VLEX-53889881). Se pronuncia expresamente acerca de las normas de conflicto de la ley extranjera.

<sup>58</sup> Vid. SAP Madrid 1 abril 2014, pág. 21

<sup>59</sup> Vid. STS 27 diciembre 2006, pág. 20

En este punto cabría preguntarse por qué el legislador, en la LCJIMC, ha limitado su redacción a los conceptos que ya se mencionaban en la LEC y que han precisado de tanto desarrollo jurisprudencial. Si de una forma tan mayoritaria se ha entendido que debe probarse la interpretación del Derecho extranjero ¿acaso se debe entender este vacío en la redacción como el otorgamiento al juez de una facultad para interpretar tal Derecho extranjero de forma diferente a cómo lo harían los tribunales de ese país?

Es dudoso que ésta haya sido la intención del legislador, pues si algo está claro es que el Derecho extranjero debe aplicarse de la forma más similar a como lo haría un juez del país cuya Ley se pretende aplicar, por lo que esta nueva laguna legislativa, a priori, parece carecer de razonamiento lógico.



#### IV. MEDIOS DE PRUEBA

Si bien el artículo 281.2 LEC<sup>60</sup> establece la necesidad de probar el Derecho extranjero, no hace especial referencia a los medios que se pueden utilizar para llevar a cabo tal tarea.

##### a. Medios de prueba de las partes

En la anterior regulación del artículo 12.6 CC se establecía que «*La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española*». Con la nueva regulación, la jurisprudencia ha desarrollado el precepto de la LEC de la misma forma que se aplicaba el del Código Civil, de manera que debe probarse por los medios de prueba principalmente recogidos en el artículo 299 LEC.

De los medios de prueba de dicho precepto, hay algunos que por su propia naturaleza no se pueden utilizar para llevar a cabo la práctica de la prueba del Derecho extranjero, como por ejemplo el interrogatorio de las partes. La jurisprudencia da especial importancia a dos medios: la prueba documental y la prueba pericial.

##### 1) *La prueba documental:*

El medio de prueba más utilizado por los particulares son los *documentos públicos*<sup>61</sup> o intervenidos por federatario público. En materia de prueba de Derecho extranjero mayoritariamente consiste en certificaciones expedidas por:

- La autoridad ministerial correspondiente
- Funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros acreditados en España, que deben presentarse legalizados y traducidos a idioma oficial español.
- Funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo ordenamiento se trata de probar.

---

<sup>60</sup> Art. 281.2 LEC *in fine*: «*El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*».

<sup>61</sup> Art. 317 LEC: tipos de documentos públicos en el ámbito general en materia civil.

Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el contenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan sólo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo<sup>62</sup>.

Además de los documentos públicos también pueden aportarse documentos privados, como son las obras doctrinales o las colecciones legislativas, pero el valor probatorio de estos documentos como principio de prueba lo valorará libremente el tribunal, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso (SAN 18 noviembre 2010<sup>63</sup>). El Tribunal Supremo se ha mostrado muy reacio a admitirlos como medio de prueba.

Cualquier documento extranjero que se presente, deberá contener la legalización o apostilla y estar traducido a idioma oficial de España.

## **2) *La prueba pericial***

Consiste en un informe elaborado por expertos en el Derecho extranjero que se quiere probar, sin necesidad de que ostenten la nacionalidad de ese país, ni que tengan su domicilio o residencia habitual en él<sup>64</sup>. Normalmente serán abogados en el territorio cuya Ley se debe probar (SAP Tarragona 13 abril 2011<sup>65</sup>) y la jurisprudencia ha tendido a requerir que esté conformado por dos jurisprudencias (SSTS 4 julio 2006<sup>66</sup> y 19 noviembre 1992<sup>67</sup>).

---

<sup>62</sup> JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS / SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ed. Civitas, 7ª edición, 2013. pág. 177

<sup>63</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, 18 de noviembre de 2010: «*la existencia, vigencia y aplicación al caso de autos del derecho extranjero no ha resultado acreditada, sin que baste a tal efecto un mero informe jurídico*». En este caso, teniendo en caso las circunstancias concretas, la Audiencia entendió que dicho documento privado no tenía valor probatorio (Id. vLex: VLEX-231486182)

<sup>64</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT (*director*) / B. CAMPUZANO DÍAZ / M<sup>a</sup>. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ / A. YBARRA BORES, *ob. cit.*, pág. 161.

<sup>65</sup> «*el demandado ha acreditado la vigencia del derecho común a los litigantes con la certificación del Cónsul de Holanda, y el derecho aplicable por medio de los informes de los letrados holandeses oportunamente aportados a los autos*» (Id. vLex: VLEX-354534758)

<sup>66</sup> «*quien debe probar la existencia y vigencia del derecho que debe ser aplicado a la relación jurídica de que se trate (...) mediante testimonio conforme de dos jurisprudencias del país respectivo aportado por los autos*» (Id. vLex: VLEX-24297593)

<sup>67</sup> «*que hay que acreditar la existencia y el sentido de la Ley que se invoca por medio de un dictamen de dos jurisprudencias*» (Id. vLex: VLEX-202789659)

### **3) Otros medios de prueba**

Además de los medios de acreditación mencionados, la flexibilidad del sistema de prueba del Derecho extranjero permite acudir a cualquier tipo de informe o dictamen, incluidos los de academias o instituciones<sup>68</sup> (SAP Huesca 14 diciembre 2005<sup>69</sup> y SAP Murcia 10 julio 2009<sup>70</sup>).

Estos otros medios de prueba sólo servirán para acreditar el Derecho extranjero en la medida en que consigan realmente convencer al tribunal de su contenido, vigencia y alcance. Así, por ejemplo, en los tribunales españoles ha sido frecuente la aportación de simples fotocopias de normas aisladas y los tribunales han dispuesto que no sirven para probar el contenido del Derecho extranjero (SAP Madrid 12 abril 2011<sup>71</sup>).

### **4) Evolución jurisprudencial**

En las primeras pronunciaciones que el Tribunal Supremo realizó acerca de la prueba del Derecho extranjero, adoptó una postura bastante flexible (SSTS 21 junio 1864, 22 octubre 1867, 18 marzo 1875 y 20 marzo 1877<sup>72</sup>)

Se debe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 13 enero 1885<sup>73</sup>, pues es a partir de esta cuando el Tribunal Supremo endurece los requisitos de prueba,

---

<sup>68</sup> FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, ed. Civitas, enero 2014, pág. 252.

<sup>69</sup> Esta Sentencia de la AP Huesca admitió un dictamen elaborado por la profesora de Derecho Internacional Privado Dra. Pilar Diago Diago, en torno al derecho matrimonial marroquí aplicable al régimen económico matrimonial (Id. vLex: VLEX-53390810)

<sup>70</sup> Esta resolución de la AP Murcia admitió un informe del Dr. J. Carrascosa González, sobre el régimen económico matrimonial existente en el Derecho de Ohio (Id. vLex: VLEX-77135159)

<sup>71</sup> «no haberse acreditado el derecho extranjero de aplicación al caso, "tanto en lo que respecta a su contenido como a su vigencia, dada la no exigencia de su conocimiento por los jueces y tribunales españoles" considerándose insuficiente, al respecto, las fotocopias de la legislación rumana que, no traducidas al castellano, se aportaron junto con el escrito rector del procedimiento» (Id. vLex: VLEX-354522342)

<sup>72</sup> Sentencias no encontradas en las bases de datos disponibles (por su antigüedad). Citadas en ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ob. cit.*, pág. 460.

<sup>73</sup> Sentencia citada en el comentario de Sentencias del Tribunal Supremo realizado por A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, publicado en *ADC*, tomo LX, 2007, fasc. IV. El documento dice: «a partir de la STS de 13 de enero de 1885, y a cuyo tenor, el Derecho extranjero debía ser probado a través de documentos públicos y, además, a través de prueba pericial, un informe

exigiendo que se realice mediante prueba documental y prueba pericial cumulativamente, ambos legalizados y traducidos a idioma oficial español. Además, también se comenzó a exigir que la prueba pericial fuera un informe realizado por dos jurisconsultos, no sirviendo como medio probatorio uno solo<sup>74</sup>.

Actualmente, el sistema ha adoptado una posición intermedia, pues si bien se mantiene mayoritariamente la obligación de que la prueba pericial esté conformada por dos jurisconsultos, el Tribunal Supremo ya no exige la acumulación de los medios de prueba (documental y pericial), sino que con uno sólo de ellos puede bastar, siempre y cuando permita acreditar con certeza el contenido y la vigencia del derecho extranjero (STS 22 mayo 2001<sup>75</sup>).

La jurisprudencia generalmente ha dado mayor importancia a la prueba documental que a la pericial, por lo que algunos autores sostienen que, dado que la prueba documental podría bastar para probar suficientemente el Derecho extranjero, será el juzgador el que, en caso de necesidad de una prueba pericial complementaria, deberá dictar diligencias (J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO)<sup>76</sup>.

### **5) Especialidades de este sistema probatorio**

Cabe mencionar, en último lugar, que el sistema de prueba del Derecho extranjero, tiene ciertas características que lo diferencian del sistema general de prueba de los hechos, pese a que le es aplicable en sus generalidades.

---

*conjunto, legalizado y traducido, realizado por dos jurisconsultos del país extranjero cuya Ley debe probarse».*

<sup>74</sup> Vid. STS 19 noviembre 1992, cita 36, pág. 13

<sup>75</sup> «el término 'acreditar' no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente 'libre' (...) en consecuencia, los informes periciales (aparte las posibles informaciones testificales) que sirvan a este fin no tienen necesariamente que ajustarse en su práctica a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba» (Id. vLex: VLEX-18335166). Esta Sentencia es un ejemplo de la flexibilización en la admisión de las pruebas del Derecho extranjero por parte del Tribunal Supremo.

<sup>76</sup> JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS / SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *ob. cit.*, pág. 177

La diferencia más destacable en cuanto a la práctica de la prueba por las partes, es que no le es aplicable el artículo 281.3 LEC<sup>77</sup>, es decir, que el hecho de que la parte contraria a la que presenta las pruebas del Derecho extranjero no las impugne, admitiendo su contenido, no implica que éste deba considerarse probado sin más<sup>78</sup>. Al contrario, deberá realizarse la valoración de la prueba presentada, con el fin de aplicar ese Derecho extranjero como lo haría un tribunal de dicho territorio (STS 5 noviembre 1971<sup>79</sup>). Esto es lo que rige ahora, pero antiguamente sí que se había extrapolado el principio de los hechos admitidos a esta materia (STS 1 febrero 1934<sup>80</sup>).

#### **b. Medios de prueba de los tribunales**

El artículo 281.2 LEC dispone que el tribunal puede valerse «*de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*», concediéndole una amplia libertad de actuación. Esto se deriva de la obligación de respetar las normas de conflicto españolas y de la necesidad de aplicar correctamente el Derecho extranjero (SAP Castellón 17 mayo 2011<sup>81</sup>).

---

<sup>77</sup> «*Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes*»

<sup>78</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 458.

<sup>79</sup> «*...la alegación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada por las partes interesadas de modo pleno e indubitado, no sólo por lo que se refiere al texto legal concreto, sino también en cuanto a su sentido, alcance e interpretación asignadas por los Tribunales del respectivo país, porque al aplicar la ley extranjera el Juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate*» (Id. Cendoj: 28079110011971100272).

<sup>80</sup> «*Considerando que por haberse invocado por la parte actora (...) el artículo 231 del Código civil francés (...) y no habiéndose impugnado en forma alguna por el demandado esta afirmación, antes bien, la corrobora y ratifica al hacerse cargo de ella en el tercer fundamento de derecho del escrito de contestación a la demanda, en visto que ambas partes se hallan absolutamente conformes en tan importante punto de hecho, sobre el que habrá de resultar innecesaria toda ulterior probanza: ...*». Sentencia transcrita en FRANCISCO MARTINEZ RIVAS, *La prueba del Derecho Extranjero en la jurisprudencia española* (tesis doctoral), Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2010, pág. 77.

<sup>81</sup> «*...fácilmente se comprenden las amplias facultades reconocidas al juzgador para averiguar el Derecho extranjero, desde el entendimiento de que con la aplicación del Derecho extranjero al que se remite la regla de conflicto española no se hace otra cosa que dar estricto cumplimiento a la normativa española de Derecho internacional privado*» (Id. vLex: VLEX- 352712166).

### ***1) Medios tradicionales de prueba***

El tribunal puede acudir a estos medios de prueba previstos en la LEC, siempre y cuando sean adecuados para la acreditación del Derecho extranjero (como ya hemos dicho anteriormente, resultan adecuados la prueba documental y la prueba pericial).

Además de estos medios tradicionales, en el ámbito interno también puede solicitar una certificación sobre el contenido del Derecho extranjero a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, certificaciones que no pueden ser solicitadas por los particulares.

### ***2) Propio conocimiento***

Cuando el tribunal emplee el conocimiento propio que tenga del Derecho extranjero en cuestión, deberá respetar el principio de contradicción para que las partes puedan debatir el contenido y la vigencia del mismo (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>82</sup>). Además, el CGPJ pone a disposición de los tribunales medios de acreditación instantánea de ciertos Derechos extranjeros. El juez, en la Sentencia, deberá hacer constar con claridad el contenido y alcance de la norma extranjera, a efectos de un posible recurso.

### ***3) Mecanismos previstos en instrumentos internacionales***

Existen instrumentos internacionales para la cooperación jurídica en la información de un Derecho extranjero.

❖ Convención Iberoamericana de 8 de mayo de 1979, sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo<sup>83</sup>. Es un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP<sup>84</sup> que dispone un sistema de cooperación entre los Estados que son parte del mismo, para acreditar, mediante prueba documental, pericial e informes del Estado requerido, el texto, la vigencia y el alcance de su Derecho.

---

<sup>82</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 461-462.

<sup>83</sup> «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1988, páginas 1031 a 1033.

<sup>84</sup> Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado.

Este mecanismo se puede llevar a cabo directamente entre las autoridades judiciales, o por medio de la autoridad central de los Estados.

❖ Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, firmado en Londres el 7 de junio de 1968<sup>85</sup>.

Más conocido como *Convenio de Londres*, establece un sistema de auxilio y colaboración judicial internacional en lo que respecta a la información del Derecho Extranjero.

El mecanismo es ágil: cada país designa un órgano de recepción que recibirá las peticiones de los países extranjeros que soliciten información sobre su sistema jurídico. Este órgano solicitará una respuesta en su Estado, que debe basarse en textos legales o decisiones jurisprudenciales, que se podrán complementar con otros documentos. Cuando obtiene la respuesta se la remite al órgano de recepción del otro país (a veces a través de los denominados *órganos de transmisión*).

El Estado requerido está obligado a responder, salvo que se vieran afectados sus intereses por el litigio que originó la solicitud, o cuando la respuesta pudiera afectar a su soberanía o seguridad.

❖ Convenios bilaterales. España ha suscrito un importante número de convenios bilaterales en los que se incluyen obligaciones recíprocas de información sobre el contenido de los respectivos ordenamientos jurídicos<sup>86</sup>.

#### **4) Red Judicial Europea**

La Red Judicial Europea, creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 mayo 2001, establece mecanismos «*orientados a facilitar la cooperación judicial en materia civil y mercantil*»<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> «BOE» núm. 240, de 7 de octubre de 1974, páginas 20333 a 20335.

<sup>86</sup> México, 1984; República Checa, 1987; Uruguay, 1987; Rusia, 1990; China, 1992; Bulgaria, 1993; Marruecos, 1997; Tailandia, 1998; República Dominicana, 2003; y Argelia, 2005.

<sup>87</sup> A. P. ABARCA (*directora*) / M. GÓMEZ / M. GUZMÁN / M. HERRANZ / P. P. MIRALLES / E. PÉREZ / M. VARGAS, *Derecho Internacional Privado*, UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 2013, pág. 365.

Cada estado miembro designa un «punto de contacto» en el que los órganos judiciales (de ese Estado y de otros Estados miembros) puedan solicitar la información que necesitan sobre el sistema jurídico. Este órgano responderá la solicitud o la remitirá a otra autoridad competente que esté mejor capacitada para responderla completa y correctamente.

Cabe destacar que los puntos de contacto también pueden responder solicitudes directamente a los ciudadanos que estén interesados en obtener información sobre el Derecho de ese Estado.

### ***5) Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil***

La nueva LCJIMC dedica el título III del Capítulo IV a la información del Derecho extranjero, conformado por tres artículos, de los cuales analizaremos los dos primeros (artículos 34 y 35) puesto que el tercero hace referencia a la solicitud de información del Derecho español por parte de tribunales extranjeros.

Artículo 34. De la información jurídica: *«La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante.»*

Este precepto se refiere a qué puede referirse el Derecho extranjero en cuanto a la información del mismo, y cabe destacar que el legislador ha procurado especialmente dejar la lista abierta (*numerus apertus*), a cualquier medio o información que sea importante para conocer el Derecho extranjero.

Artículo 35.1 a 3. De las solicitudes de información de Derecho extranjero: *«1. Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales, y los notarios y registradores, podrán elevar las solicitudes de información de Derecho extranjero mediante oficio a la autoridad central española para ser utilizadas en un proceso judicial español o por una autoridad española en el marco de sus competencias.»*



*2. La solicitud de información podrá contener la petición de informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra que se estime relevante.*

*3. La autoridad central hará llegar las solicitudes a las autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática, bien a través de su autoridad central si existiere y estuviere previsto en su ordenamiento. La autoridad central española facilitará, en su caso, las comunicaciones judiciales directas entre los órganos jurisdiccionales españoles y extranjeros»*

Del redactado de este precepto cabe destacar el inciso final del apartado tercero, en tanto se configura como un mandato a las autoridades españolas para cooperar con los órganos judiciales extranjeros, con el fin de facilitar la obtención de la información necesaria de su Derecho para ser aplicado por el órgano español.

## V. RÉGIMEN DE LOS RECURSOS

Cuando el Juez español interpreta y aplica un Derecho extranjero, las partes pueden discrepar en cuanto a tal interpretación o aplicación, o incluso en cuanto al contenido del Derecho aplicado, a causa de que dichos aspectos no hayan sido determinados correctamente. Nada dice el legislador sobre los recursos para los supuestos en que interviene un Derecho extranjero. En estos casos, ¿qué facultades ostentan las partes frente las infracciones del tribunal?

### *a) Recurso extraordinario por infracción procesal*

Los motivos por los que se puede interponer este recurso se encuentran recogidos en el artículo 469 LEC. Este recurso resulta de los errores procesales en la actuación del tribunal y, tal como sostienen J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO<sup>88</sup>, en los casos de aplicación de Derecho extranjero sólo parece procedente en los siguientes supuestos:

- ❖ Cuando el Juez se niegue a recibir la prueba del Derecho extranjero presentada por las partes.
- ❖ Cuando el Juez no haya colaborado con las partes en la obtención de la información, y a causa de esto se haya frustrado la prueba del Derecho extranjero en cuestión (*vid.* STC 17 enero 2000<sup>89</sup>).
- ❖ Cuando el Juez proceda a indagar de oficio el Derecho extranjero sin existir proposición alguna por las partes. También cuando el Juez aplique un Derecho extranjero que no haya sido suficientemente probado o basándose únicamente en el mero conocimiento privado.

### *b) Recurso de casación*

En cuanto a la posibilidad de recurrir en casación en los supuestos de incorrecta aplicación de Derecho extranjero, tampoco hay regulación específica. Por lo que

---

<sup>88</sup> J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *ob. cit.*, pág. 178

<sup>89</sup> Debemos recordar el caso de la mujer armenia (*vid.* cita 8) que intentó probar por todos los medios que le fueron posibles el derecho extranjero, pero estando a la espera de recibir una traducción del texto en castellano, la Audiencia desestimó la demanda.

respecta a la jurisprudencia, tradicionalmente el Tribunal Supremo sólo admitía esta posibilidad cuando la equivocación del tribunal era evidente, y lo hacía a través del artículo 1692.7 LEC 1881 (STS 20 junio 1962<sup>90</sup>) o, incluso, se había rechazado la posibilidad de recurrir en casación a no ser con la finalidad de unificar la jurisprudencia (STS 15 julio 1983<sup>91</sup>)

Posteriormente, la doctrina del Tribunal Supremo ha evolucionado, y en la actualidad se admite de una forma más genérica la revisión en casación.

En primer lugar, se admite la posibilidad de recurrir en casación porque, como ya hemos dicho, el Derecho extranjero es un “derecho” aunque se le dé un tratamiento procesal de “hecho”, por lo tanto, la infracción del mismo lleva a una solución antijurídica, tal como sucedería con una vulneración del derecho positivo español. Y este error es revisable en casación.

En segundo lugar, también se podría justificar la presentación del recurso en base a una vulneración de la ley española, pues al infringir el Derecho extranjero se puede entender que se ha infringido la norma de conflicto que determinó la aplicación de tal derecho.

La STS 4 julio 2006<sup>92</sup> acoge los argumentos mencionados y menciona que la doctrina que se formule en estos recursos de casación no se debe entender como

---

<sup>90</sup> «que el error de hecho atribuido en casación al Tribunal "a quo" necesita ser probado por documentos o actos auténticos que por sí mismos y fuera de toda interpretación demuestren una realidad contraria a la sostenida por el fallo, y el de Derecho sólo es atacable con éxito si se vulnera una o más reglas de prueba legal impuestas al juzgador» (Id. Cendoj: 28079110011962100026)

<sup>91</sup> Sentencia citada en el Auto del Tribunal Constitucional nº 613/1983, de 30 noviembre, que dice: «Mediante Sentencia que dicta el 15 de julio de 1983 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que no es posible el examen del derecho civil alemán que se pretende por cuanto «no pueden ser motivo de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra jurisprudencia». Fuente (web del Tribunal Constitucional): <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Auto.aspx?cod=8911>

<sup>92</sup> «el propio tenor del artículo 1692 (LEC 1881) establecía que el recurso de casación debía fundarse en “la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate” y en este caso, el aplicable es el derecho alemán. (...) No debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no deba ser tenida como doctrina legal (...) sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos...» (Id. vLex: VLEX-24297593)

“doctrina legal”, aunque pueda servir de pauta para conflictos posteriores. Así, y como sostienen A.-L. CALVO Y J. CARRASCOSA<sup>93</sup>, *«la presunta vulneración de las reglas de Derecho positivo o de las reglas jurisprudenciales elaboradas por el TS relativas a la prueba del Derecho extranjero, sólo puede dar lugar, en su caso, a un recurso extraordinario por infracción procesal»*.

Los motivos generales del recurso de casación se encuentran recogidos en el artículo 477 LEC<sup>94</sup>, y procede mencionar en especial el apartado tercero del precepto, que hace referencia al “interés casacional”. Teóricamente también es admisible como motivo de casación en los supuestos de aplicación de Derecho extranjero, pero en la práctica ha sido discutido, pues el interés casacional *no se da en igual medida según que las cuestiones objeto del proceso se rijan por las normas del Derecho español o del Derecho extranjero* (J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO<sup>95</sup>). A pesar de ello, se admitirá el recurso de casación en base al interés casacional cuando se hayan dado resoluciones contradictorias referidas a un mismo Derecho extranjero.

#### *c) Recurso de amparo*

El artículo 41 LOTC<sup>96</sup> dice en su primer apartado que *«Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional...»* y añade el apartado 2º que *«protege (...) frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior,*

---

<sup>93</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 494.

<sup>94</sup> «3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

*Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente».*

<sup>95</sup> J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *ob. cit.*, pág. 179.

<sup>96</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

*originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado...».*

Cuando cualquiera de los derechos de los citados artículos 14 a 29 CE sean vulnerados, los particulares pueden interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC). ¿Cuáles de ellos pueden verse afectados por una mala aplicación del Derecho extranjero?

El artículo 24 de la Constitución Española<sup>97</sup> recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica el derecho de cada persona a exigir y ejercitar sus derechos de una manera real mediante la intervención de los tribunales de Justicia, y comporta varios derechos, tales como el acceso a la Justicia o el derecho a una resolución de fondo sobre la cuestión jurídica (STC 21 noviembre 2011<sup>98</sup>).

Hay una vulneración de este derecho cuando, en términos generales, el particular no dispone de un proceso judicial justo. En la aplicación de un Derecho extranjero, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse vulnerado, en particular, por las siguientes actuaciones del tribunal<sup>99</sup>:

- ❖ Cuando el juez inadmita la demanda por no haber presentado con la misma los documentos que conformen la prueba del Derecho extranjero. Esto se debe a que los supuestos de inadmisión están expresamente tasados, y este no es uno de ellos. Además, la función del derecho es favorecer, y no limitar, el ejercicio de la acción (STC 29 noviembre 1993<sup>100</sup>).

---

<sup>97</sup> «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (...) a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...»

<sup>98</sup> «derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes» (Id. vLex: VLEX-342362526)

<sup>99</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 494-497.

<sup>100</sup> «...podría tener relevancia constitucional, por causar indefensión, la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en tiempo y forma oportunos, no resultase razonable y privase al solicitante de un medio de defensa necesario para probar hechos decisivos para su pretensión» (Id. vLex: VLEX-15355975).

- ❖ Cuando el tribunal no resuelva el fondo del litigio. En cualquier circunstancia deberá resolver, pues el particular tiene derecho a una solución del litigio, sea favorable o desfavorable a sus pretensiones. El hecho de que la prueba haya resultado insuficiente o de que el tribunal ostente dudas sobre su contenido o interpretación, no lo exime de la obligación de resolver. También cabrá recurso de amparo cuando la resolución no esté suficientemente motivada o sea arbitraria.
- ❖ Cuando el tribunal es excesivamente rigorista en cuanto a la práctica de la prueba del Derecho extranjero. Está claro que se deben cumplir los requisitos de la prueba, siempre y cuando esto resulte posible al particular, pues el juez no puede desestimar la pretensión cuando el particular haya actuado de buena fe y haya hecho todo lo materialmente posible para realizar la práctica de la prueba (STC 17 enero 2000<sup>101</sup>).
- ❖ Cuando haya un «error grave de entidad constitucional» en la aplicación del Derecho extranjero. El TC no entra a valorar en sí la selección e interpretación de las normas de Derecho extranjero, pues no le corresponde dirimir los asuntos de “legalidad ordinaria”, pero será posible recurrir al amparo constitucional cuando se haya dado un error de especial entidad e importancia en esos extremos. Esto es así porque el derecho a la tutela judicial efectiva incluye *«el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes»* (STC 2 julio 2001<sup>102</sup>).

---

<sup>101</sup> Debemos recordar el caso de la mujer armenia que intentó por todos los medios probar el Derecho extranjero pero la Audiencia desestimó su demanda, y el Tribunal Constitucional consideró que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (*vid. cita 12*).

<sup>102</sup> *«Hay que tener presente que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos»* (Id. vLex *vid. cita 35*)

- ❖ Cuando el tribunal no respeta el derecho del particular a recurrir la resolución judicial por medio de los recursos legalmente previstos (STS 4 julio 2006<sup>103</sup>).

---

<sup>103</sup> «La ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la ley (artículo 24 CE), además de infringir la norma conflictual española» (Id. vLex: vid. cita 66)

## VI. CONCLUSIONES

Una vez analizados los distintos aspectos que conforman la prueba del Derecho extranjero, podemos extraer diversas conclusiones.

Por un lado, está claro que es una materia con escasa regulación legal. Además, los preceptos que contienen reglas relativas a la prueba del Derecho extranjero son imprecisos, escuetos y un tanto ambiguos. Debido a dichas lagunas legislativas, esta materia ha precisado de un gran desarrollo jurisprudencial, pero tampoco así se ha dado solución a muchos de los problemas que surgen durante la prueba del Derecho extranjero, toda vez que tanto jurisprudencia como doctrina han estado tradicionalmente divididas en prácticamente todos los extremos de la misma.

Por lo que respecta a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, se ha limitado a repetir los conceptos que ya venían dados por la LEC, o incluso ha mantenido silencio (por ejemplo, en cuanto a la carga de la prueba). Tan sólo ha introducido una “novedad” en cuanto a la facultad de aplicación subsidiaria de la *lex fori*. Pero su redacción es otro reflejo de las carencias legislativas en materia de prueba del Derecho extranjero, pues si entendemos el artículo 33 LCJIMC de una forma literal, tan sólo resultaría aplicable en los casos de imposibilidad probatoria de las partes (es decir, cuando han intentado, pero no han podido, probar el Derecho extranjero).

Así, esta nueva regulación puede dar lugar a dos situaciones. La primera, y menos posible, es que el precepto sea interpretado de una forma literal y, con ello, no se haya dado solución alguna a uno de los extremos que más controversia ha generado: cuando las partes no alegan o no prueban el Derecho extranjero, pudiendo hacerlo. La segunda posibilidad es que, nuevamente, nos encontremos ante una regulación que precisará de un gran desarrollo jurisprudencial.

En cuanto a las distintas soluciones que se han pretendido dar a la falta probatoria, entendemos que la opción más viable sería la aplicación de oficio del Derecho extranjero, dado que ha de darse preferencia al respeto a las normas de conflicto sobre las reglas de la carga de la prueba, por cuanto éstas son fruto de la



interpretación jurisprudencial del artículo 281 LEC, mientras la imperatividad de aquéllas deriva de su propia naturaleza en tanto normas positivas del ordenamiento jurídico español.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ed. Comares, 14ª edición, junio 2013.

MIGUEL VIRGÓS SORIANO / FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación Internacional)*, ed. Civitas, ed. 2ª, Madrid, 2007

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS / SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ed. Civitas, 7ª edición, 2013

A. RODRÍGUEZ BENOT (*director*) / B. CAMPUZANO DÍAZ / M<sup>a</sup>. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ / A. YBARRA BORES, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, ed. Tecnos, 2015

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, ed. Civitas, enero 2014

A. P. ABARCA (*directora*) / M. GÓMEZ / M. GUZMÁN / M. HERRANZ / P. P. MIRALLES / E. PÉREZ / M. VARGAS, *Derecho Internacional Privado*, UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 2013

M. V. CUARTERO RUBIO, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, enero-diciembre 2000

PEDRO HEREDIA ORTIZ / ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ. Revista *Economist & Jurist*, vol. 21, núm. 168, 2013, págs. 80-85.

Comentario de Sentencias del Tribunal Supremo, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, publicado en *ADC*, tomo LX, 2007, fasc. IV

FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS, *La prueba del Derecho Extranjero en la jurisprudencia española* (tesis doctoral), Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2010